

ITINERARI DEL GARANTISMO

ITINERÁRIO DO GARANTISMO

Dario Ippolito

Pós-Doutor em História pela Escola de Estudos Históricos da
Universidade de San Marino

E-mail: dario.ippolito@uniroma3.it

Artigo Convidado

RIASSUNTO: La parola garantismo si radica nel linguaggio filosofico-giuridico italiano del secondo dopoguerra como um componente essenziale del costituzionalismo moderno. Garantismo divenne allora il nome della teoria liberale del diritto penale e si lega a Luigi Ferrajoli, com Diritto e Ragione. Il neoilluminismo penale inserisce questo insieme di garanzie processuali in um complesso paradigma normativo volto alla protezione degli individui degli mercé la regolazione della potestà punitiva dello Stato. Il garantismo si configura come la teoria del sistema delle garanzie dei diritti fondamentali, che analiza, valorizza ed elabora i dispositivi giuridici necessari alla tutela dei diritti civili, politici, sociali e di libertà su cui si fondano le odierne democrazie costituzionali.

Parole chiave: Garantismo; Costituzionalismo moderno; Democrazia.

RESUMO: O garantismo é uma palavra que está enraizada na linguagem filosófico-jurídica do pós-guerra italiano como componente essencial do constitucionalismo moderno. O Garantismo se tornou nome da teoria liberal do direito penal e se liga a Luigi Ferrajoli, incluindo Direito e Razão. O neoiluminismo criminoso se encaixa nesse conjunto de garantias processuais em paradigma normativo em um complexo que visa proteger os indivíduos de misericórdia ajustando o poder punitivo do Estado. O garantismo parece ser a teoria do sistema de garantias de direitos fundamentais, que analisa, aprimora e desenvolve o regime jurídico necessário para a proteção dos direitos civis, políticos, sociais e da liberdade sobre os quais hoje vivem as democracias constitucionais.

Palavras-chave: Garantismo; Constitucionalismo moderno; Democracia.

1. La parola “garantismo” – oggi d’uso corrente nelle principali lingue neolatine – è un neologismo del XIX secolo (stagione prolifica di *ismi* politici: liberalismo, costituzionalismo, comunismo...). Il significato con cui si affermò originariamente, nel lessico politico francese, è molto distante da quello attualmente prevalente. Se apriamo il *Dictionnaire de la langue française* di Émile Littré, edito in quattro tomi da Hachette tra il 1873 e il 1874, troviamo la seguente definizione di *garantisme*: “Dans le langage de l’école fourieriste ou sociétaire, système de féodalité industrielle qui doit suivre notre anarchie et précéder l’association définitive”. Il lettore che insoddisfatto per la laconica oscurità dell’informazione scegliesse di rivolgersi ad altra fonte lessicografica, resterebbe deluso: l’autorevole *Dictionnaire nationale* di Louis-Nicolas Bescherelle, la cui quarta edizione è del 1856, non contempla neppure l’entrata e altrettanto avaro si rivela il posteriore *Dictionnaire classique* di Henri Bescherelle, malgrado si auto-accrediti (nel frontespizio del 1880) come “le plus exact e le plus complet de tous les ouvrages de ce genre”. Tali omissioni sono significative: evidentemente, la parola *garantisme* – nella Francia del XIX secolo – non appartiene al linguaggio comune.

In effetti, come attesta Littré, si tratta di una parola “di scuola”, creata e codificata nel suo uso semantico in un ambito filosofico-politico determinato: il filone di pensiero inaugurato da Charles Fourier (1772-1837) e alimentato dai suoi poco noti discepoli. Collocato (e screditato) da Marx ed Engels nel novero degli immaginifici profeti del socialismo utopistico, Fourier conia e impiega il termine *garantisme* per designare uno stadio dell’evoluzione civile prodromico alla realizzazione dell’ideale supremo di una perfetta e armonica società comunitaria (ENGELS; MARX, 2005). Obiettivo intermedio e transitorio del suo progetto politico – sinteticamente illustrato nell’opera *Le nouveau monde industriel et sociétaire* del 1829 –, il garantismo è inteso da Fourier come un sistema di sicurezza sociale che mira a salvaguardare i soggetti più deboli, fornendo loro le garanzie dei diritti vitali (a partire da quelli connessi alla sussistenza), attraverso un piano di riforme riguardante tanto la sfera pubblica quanto i rapporti privati.

E’ in un orizzonte di tale ampiezza che si sviluppa, nella pubblicistica di ispirazione fourieriana, la riflessione sul garantismo sociale, di cui sono testimonianza – oltre agli articoli della rivista *La Phalange* (1836-1849) diretta da Victor Considerant – opere politiche e socio-

logiche quali *De quelques heureux effets du garantisme [...], envisagés au double point de vue commercial et social*, pubblicata anonima nel 1838; *Du droit de vivre, de la propriété e du garantisme* di Paul de Jouvencel, edita nel 1847; *Révolution sociale* (1848) di Fontarive, che si occupa tra l'altro – come preannuncia il sottotitolo – delle “*Institutions de garantisme*”; e i *Principes de sociologie* (1867) di François Barrier, in cui trova svolgimento un articolato discorso sul “garantismo agricolo”, sul “garantismo industriale”, sul “garantismo domestico” etc., che qualche anno dopo trapassa nelle colonne del *Grand Dictionnaire universel du XIX siècle* (1872) di Pierre Larousse.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi (spigolando tra i testi dei tardi epigoni del fourierismo) fino agli inizi del Novecento, quando ormai la circolazione della parola “garantismo” ha travalicato i confini della scuola. Estendendo il sondaggio ai decenni successivi non si rilevano significativi slittamenti semantici: persiste – nell’era del Welfare State – il primigenio riferimento all’esigenza della sicurezza sociale.

2. Diverso (e del tutto indipendente dalla lezione di Fourier) è il significato con cui il termine “garantismo” è entrato in uso nella lingua italiana. Stabilire quando (e ad opera di chi), non è facile. Nel monumentale *Dizionario* di Tommaseo e Bellini, apparso in otto tomi tra il 1861 e il 1879, da “garantire” si passa a “garanza”. Del lemma non c’è traccia neppure nei vocabolari italiani dei primi decenni del Novecento. Tuttavia, come sappiamo grazie a Perfecto Andrés Ibañez, già nel 1925 Guido De Ruggiero, nella sua magistrale *Storia del liberalismo in Europa*, parla del “così detto *garantismo*”: espressione che di per sé implica precedenti occorrenze della parola. In attesa di scoprirle, possiamo prendere in considerazione questo primo impiego censito da Andrés Ibañez, notando che De Ruggiero intende per garantismo la concezione “della libertà politica [...] come libertà dell’individuo dallo Stato e di fronte allo Stato”, ovvero la “concezione delle garanzie della libertà” che comincia a prender forma con Montesquieu, intorno all’analisi della costituzione inglese e alla correlativa teorizzazione delle tecniche di limitazione dei poteri pubblici in vista della tutela degli individui (RUGGIERO, 1984, p. 57 e 63). “La libertà, – scrive De Ruggiero – che gli astratti ragionatori ritraggono come diritto innato, si rivela invece alla osservazione sagace dipendente da molte circostanze”: è una delicata costruzione sociale che necessita di contrafforti giuridici e di equilibri istituzionali. L’esperienza costituzionale inglese,

da questa prospettiva, diventa il paradigma dei “principi del garantismo” (RUGGIERO, 1984, p. 65).

Come denominazione delle dottrine imperniate sulle garanzie costituzionali delle libertà fondamentali, il termine “garantismo” si radica nel linguaggio filosofico-giuridico italiano del secondo dopoguerra. Negli anni sessanta Giovanni Sartori tenta addirittura di promuoverne l’adozione nel lessico del costituzionalismo inglese (senza successo, a quanto pare) (SARTORI, 1962. p. 853-64). Nella riflessione filosofico-storiografica di un altro illustre esponente della scienza politica italiana, Nicola Matteucci, il garantismo si configura come una componente essenziale del costituzionalismo moderno (antimaggioritario e individualistico). Sotto la voce *Costituzionalismo* del *Dizionario di politica* (1976) – da lui stesso curato insieme a Norberto Bobbio – Matteucci scrive: “Il garantismo, che ha il suo principale teorico in Benjamin Constant, accentua al massimo, in polemica con Rousseau e con l’interpretazione giacobina della volontà generale, l’esigenza di tutelare, sul piano costituzionale, i diritti fondamentali dell’individuo, e cioè la libertà personale, la libertà di stampa, la libertà religiosa e infine l’inviolabilità della proprietà privata” (MATTEUCCI, 2004).

Ovviamente, una volta invalso nell’uso, il termine “garantismo” viene recepito nei principali vocabolari. Nel 1970 il *Grande Dizionario della Lingua Italiana* di Salvatore Battaglia gli attribuisce due significati strettamente congiunti. Garantismo è, in primo luogo, il “carattere proprio delle più evolute costituzioni democratico-liberali, consistente nel fatto che esse predispongono congegni giuridici sempre più sicuri ed efficienti (come il controllo di costituzionalità delle leggi ordinarie) al fine di assicurare l’osservanza delle norme e dell’ordinamento da parte del potere politico (governo e parlamento)”. In secondo luogo, è la “dottrina politico-costituzionale che propugna una sempre più ampia elaborazione e introduzione nell’ordinamento di tali congegni”. Si potrebbe parafrasare: 1) garantismo come dimensione specifica del costituzionalismo rigido, 2) garantismo come teoria normativa del costituzionalismo rigido.

Dopo quanto annotato finora, non stupirà il fatto che non sia attestata nel Battaglia l’accezione d’uso oggi più comune del termine “garantismo”, cioè quella che ancora il suo campo di denotazione ai canoni di legittimità della giustizia penale. Si tratta, in effetti, di una curvatura semantica prodottasi successivamente, quando, in reazione alla legislazione emergenziale con cui la politica italiana tentò di

fronteggiare il terrorismo nella seconda metà degli anni Settanta, la cultura giuridica d'orientamento progressista riaffermò con forza il primato dei diritti individuali di immunità e di libertà di fronte al potere punitivo dello Stato¹. Garantismo divenne allora il nome della teoria liberale del diritto penale, ovvero del paradigma normativo – di matrice illuministica – del “diritto penale minimo”.

3. La diffusione internazionale della dottrina giuridico-politica designata col termine “garantismo” si lega – come è noto – all’attività scientifica, culturale e civile di Luigi Ferrajoli, che con *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* ha suscitato un vasto e durevole dibattito, influenzando profondamente la cultura giuspenalistica iberica e sudamericana. In quest’opera – che ormai può essere annoverata tra i classici della storia del pensiero giuridico – il garantismo si presenta come una teoria del diritto penale inteso quale strumento di protezione dei diritti fondamentali tanto dai delitti quanto dalla pene arbitrarie, ovvero come sistema di garanzie idoneo a minimizzare la violenza nella società: quella criminale dei singoli individui e quella istituzionale degli apparati repressivi (FERRAJOLI, 1993).

L’elaborazione teorica di Ferrajoli si richiama esplicitamente alla riflessione illuministica sul fondamento, gli scopi e i limiti della “giustizia punitrice”; a ragion veduta, dunque, si è parlato in proposito di “neoilluminismo penale” (RIPOLI, 1992). In effetti, in *Diritto e ragione* si rinnova il fecondo connubio tra utilitarismo e contrattualismo tipico del discorso politico degli illuministi. Un discorso che, a partire dal riconoscimento del carattere intangibile della vita, della libertà e della proprietà degli individui, metteva capo a una concezione dello Stato antitetica rispetto a quella accreditata dalla tradizione: sulla deontologia dell’obbedienza, che prescriveva i doveri dei sudditi nei confronti del sovrano, si imponeva la teorizzazione del dovere del sovrano di rispettare e proteggere i diritti del soggetto. Conseguentemente, l’idea della *potestas legibus soluta* era respinta e – di contro – si stagliava la consapevolezza che per tutelare gli individui era necessario regolare, limitare e controllare l’esercizio del potere. E’ in questa prospettiva che si inscrivono le teorie della sovranità della legge, della divisione

¹ Rappresentativa di queste tendenze culturali è la relazione presentata da Salvatore Senese al IV Congresso nazionale di Magistratura democratica (Urbino, 28-30 settembre 1979), intitolata “Istituzione giudiziaria e difesa della democrazia” (cfr. “Quale giustizia”, 1978, 17-18, p. 699).

dei poteri e della rappresentanza politica, attraverso cui si profila il modello di Stato preconizzato dagli illuministi: *in nuce* – potremmo dire con un'espressione anacronistica – il paradigma dello Stato di diritto.

Emerge allora, su questo sfondo ideologico, la centralità del problema penale, ovvero la somma problematicità del potere di punire: potere “terribile”, come lo definisce Montesquieu, eppure necessario (MONTESQUIEU, 1996. p. 311). Necessario perché, in assenza di norme disciplinanti la convivenza sociale rafforzate dalla sanzione penale pubblica, la vita, l'integrità e la libertà delle persone resterebbero esposte alla violenza privata, nel vigore della legge del più forte. Terribile perché tale potere, pur giustificandosi in base al fine della salvaguardia di quei diritti, invade la sfera di immunità da essi costituita, stabilendo le condizioni della loro privazione.

Alla luce di questa duplice consapevolezza teorica, drammaticamente avvertita dagli illuministi, il sistema penale si mostra come il luogo di primaria qualificazione politica dell'ordine civile, poiché vi trovano il più immediato assetto i rapporti tra autorità e individuo e i conflitti tra forza e diritto/i. Il disegno di un paradigma statale caratterizzato dalla subordinazione della potestà pubblica alla legge, in funzione della tutela dei soggetti, scopre così nella qualificazione dei reati, nella definizione delle pene, nell'organizzazione dei giudizi un banco di prova cruciale e decisivo².

Contro il sistema punitivo d'antico regime, confessionale nelle proibizioni, feroce nelle punizioni, vessatorio nelle imputazioni, arbitrario nelle decisioni, Beccaria, Voltaire, Filangieri (per non citare che i più illustri esponenti dell'illuminismo giuridico) si battono per una riforma della giustizia penale finalizzata a togliere “all'innocente ogni spavento, al reo ogni speranza, ed a' giudici ogni arbitrio” (FILANGIERI, 2003, p. 119). Codificazione legislativa del diritto penale, umanizzazione e razionalizzazione del sistema delle pene, secolarizzazione e liberalizzazione nella configurazione dei reati, demolizione degli istituti del processo inquisitorio e introduzione delle fondamentali garanzie dell'imputato: sono questi gli obiettivi degli illuministi³. Sono queste le loro risposte

² Sull'illuminismo penale si vedano M. Cattaneo, *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*, Ferrara, Editrice Universitaria; e G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione* (1976), Bologna, Il Mulino, 1997, p. 383-483.

³ Sia consentito rinviare a D. Ippolito, *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 157-221.

alle questioni in cui si articola il problema penale: quando proibire? come punire? come giudicare?

4. In *Diritto e ragione*, Ferrajoli svolge un fitto dialogo con questa tradizione culturale, riscoprendola nella sua piena portata garantistica. Basta gettare uno sguardo ai capitoli dell'opera dedicati al processo penale per ponderare il valore della lezione dell'illuminismo, che in opposizione alla procedura d'antico, basata sulla carcerazione preventiva, sul segreto e sulla forma scritta dell'istruzione probatoria, sulla posizione di inferiorità della difesa rispetto all'accusa, sull'unione degli organi requirenti e giudicanti, concepì un modello processuale antitetico per natura e connotati fondamentali: strutturato sulla presunzione di innocenza e la libertà personale dell'imputato, sulla pubblicità e l'oralità del rito, sulla parità e il contraddittorio tra le parti, sulla terzietà e imparzialità del giudice, sulla collegialità dell'organo giudicante.

Il "neoilluminismo penale" di Ferrajoli inserisce questo insieme di garanzie processuali in un complesso paradigma normativo volto alla protezione degli individui mercé la regolazione della potestà punitiva dello Stato. Regolazione che passa attraverso un sistema di limiti e vincoli, imposti tanto alla legislazione penale quanto alla giurisdizione penale, con l'obiettivo di restringere la prima alla tutela dei diritti e di ridurre la seconda a un'attività tendenzialmente cognitiva.

Il carattere distintivo delle decisioni giurisdizionali rispetto ad ogni altra specie di decisione giuridica (legislativa, amministrativa o negoziale) sta infatti nella sua dimensione teoretica, oltre che normativa. La giurisdizione ha come oggetto della sua attività fatti empirici e norme giuridiche, la cui verifica e la cui connessione formano il presupposto dell'atto giuridico in cui si esplica la sua dimensione normativa e sanzionatoria. Ciò significa che il legittimo esercizio del potere giudiziario, a differenza degli altri poteri (basati sul consenso o sull'interesse), trova fondamento esclusivamente nella "verità giudiziale": quella giuridica, che richiede la soggezione del giudice alla legge, e quella fattuale, che richiede la formalizzazione di un adeguato metodo cognitivo.

L'inquadramento della giurisdizione penale come sapere-potere e l'ancoraggio della legge penale alla difesa dei diritti dipendono da un insieme di garanzie sostanziali e processuali che la teoria del garantismo penale pone come parametri di giustificazione del potere di punire. Le garanzie penali sostanziali sono criteri normativi e limitativi della previsione legale dei reati: il principio di tassatività, i principi di

materialità e di offensività dei comportamenti punibili, e il principio di colpevolezza. Le garanzie processuali regolano l'intervento punitivo statale nella fase cruciale dell'accertamento giudiziario, formando con le prime un sistema fortemente coeso, rivolto alla salvaguardia della libertà e alla minimizzazione dell'arbitrio punitivo (FERRAJOLI, 1998, p. 107-23).

5. L'architrave del paradigma garantista del diritto penale, sul quale si regge l'intero assetto della giurisdizione come attività cognitivo-normativa anziché valutativo-potestativa, è costituito dal principio di tassatività o di stretta legalità. In campo penale il principio di legalità equivale alla prescrizione della riserva di legge: *nullum crimen et nulla poena sine lege*. La giurisdizione, in base a questo principio, è limitata allo *ius dicere*, cioè all'affermazione della legge, alla sussunzione dei fatti accertati alle norme legislative. Il principio di tassatività esige un rafforzamento della legalità penale rispetto alla denotazione normativa dei reati, al fine di assicurare la certezza del diritto e insieme la libertà e l'uguaglianza giuridica. Mentre il principio di legalità (di *mera* legalità) è una norma rivolta ai giudici cui ordina l'applicazione della legge, il principio di tassatività (di *stretta* legalità) è una norma rivolta al legislatore cui prescrive l'uso di termini dotati di estensione determinata nella formulazione legale delle fattispecie criminali. Il linguaggio penale, in base a questa regola metalegislativa, dev'essere quindi improntato alla univocità semantica.

I principi di offensività, di materialità e di responsabilità personale definiscono le condizioni necessarie a giustificare le proibizioni penali, identificando gli elementi costitutivi del reato nell'evento, nell'azione e nella colpevolezza. Il principio di offensività prescrive la delimitazione del campo del proibibile alle sole azioni il cui effetto consiste in un danno a terzi. In base ad esso la legge non può qualificare come reato un comportamento non lesivo di diritti altrui, perché nella tutela dei diritti risiede appunto lo scopo del diritto penale. Gli atti moralmente riprovevoli di un qualunque soggetto non sono quindi penalmente rilevanti se non quando offendono la sfera giuridica di altri soggetti. E' chiaro che un simile principio normativo di tanto restringe l'autorità punitiva dello Stato di quanto espande le libertà degli individui, limitate soltanto dalla reciproca compatibilità. Il principio di materialità è strettamente collegato al precedente nella determinazione della classe dei comportamenti suscettibili di proibizioni legittime, affermando che

solo le azioni esterne sono in grado di produrre danni a terzi e che pertanto non può darsi offensività senza exteriorità. Si tratta, evidentemente, di un principio di laicità giuridica che sottrae al disciplinamento penale l'interiorità della persona, innalzando una barriera a difesa della libertà individuale di coscienza e di pensiero contro le pretese potestative dello Stato, la cui affermazione può riguardare soltanto i comportamenti materiali e non le identità soggettive. Il principio di responsabilità personale identifica nella colpevolezza l'elemento soggettivo necessario alla qualificazione giuridica di un'azione offensiva come reato, escludendo dall'orizzonte del diritto penale la responsabilità impersonale o oggettiva o incolpevole.

6. L'insieme delle garanzie sostanziali valgono a vincolare le proibizioni legali ai soli comportamenti empirici dannosi, esattamente determinati, ascrivibili alla colpevolezza di un soggetto. In particolare, tutte insieme convergono a interdire al legislatore penale la produzione di norme costitutive di status criminali, cioè di norme che, invece di regolare i comportamenti dei destinatari istituendo divieti di azioni, creano situazioni di devianza in riferimento a condizioni soggettive. I principi di tassatività e di materialità, inoltre, valgono ad assicurare le condizioni di verificabilità o falsificabilità in astratto delle ipotesi di reato, senza le quali la giurisdizione penale perde il suo carattere cognitivo e traligna in potere arbitrario. Fattispecie criminali che non consistono in azioni o che sono indeterminate sul piano estensionale non sono infatti né verificabili né falsificabili, e pertanto rendono vane le garanzie processuali, consegnando alla discrezionalità potestativa del giudice l'esito del processo e la sorte dell'imputato.

Al contrario, in presenza di ipotesi di reato verificabili o falsificabili in astratto, il processo penale può consistere nella loro verifica o falsificazione in concreto, dando luogo a un giudizio fondato sull'accertamento della verità processuale. Tale accertamento, riguardando fatti del passato, basa la sua attendibilità sul rispetto di un procedimento euristico di tipo induttivo, per prove e controprove. Le garanzie processuali richieste dal garantismo penale quali condizioni della corretta verifica del fatto denotato come reato nell'ipotesi accusatoria consistono appunto in regole giuridiche che corrispondono ai criteri epistemici del ragionamento induttivo. La presunzione di innocenza equivale alla presunzione di falsità di una tesi non provata; l'onere della prova in capo all'accusa è l'onere di produrre conferme

empiriche dell'ipotesi accusatoria idonee a suffragarne l'accettazione come vera; il contraddittorio nella parità delle parti antagonistiche rappresenta la messa alla prova dell'ipotesi dell'accusa attraverso la sua esposizione alle confutazioni e alle controprove prodotte dalla difesa; la terzietà e l'indipendenza del giudice, l'oralità e la pubblicità del procedimento, l'obbligo di motivazione delle sentenze e il diritto d'appello sono le regole che assicurano la correttezza del giudizio e la possibilità di un controllo su di esso. Nel loro complesso, queste garanzie compongono il modello cognitivo del processo penale orientato alla ricerca della verità e tendono quindi a proteggere l'innocente da ingiuste punizioni⁴.

7. La riduzione della giurisdizione alla sua funzione intrinseca di accertamento delle violazioni di legge, attraverso la cognizione del fatto e la ricognizione del diritto, è anche la condizione della sua legittimità, il cui unico fondamento risiede nella verità delle decisioni giudiziali, assicurata dalla garanzie penali (quali condizioni di verificabilità e falsificabilità) e dalle garanzie processuali (quali regole di verifica e falsificazione). Da questo specifico fondamento di legittimità, del tutto distinto da quello di tipo consensuale espresso nel circuito istituzionale della rappresentanza politica, deriva la necessità dell'indipendenza degli organi giurisdizionali dagli organi deputati alle funzioni di governo. Il paradigma garantista, tendendo a neutralizzare l'arbitrio potestativo dei giudici, soggetti *soltanto* alla legge, edifica la giurisdizione come istituzione di garanzia, estranea alla logica democratico-maggioritaria del potere politico, ma ugualmente e profondamente democratica, in quanto finalizzata alla protezione dei *diritti di tutti*. In questo senso, e non come espressione della volontà generale, la giustizia è amministrata in nome del popolo, cioè nell'interesse di ciascuno dei singoli individui che empiricamente costituiscono il popolo (FERRAJOLI, 1997, p. 284-304).

8. Oltre alla più compiuta e sistematica concezione del garantismo come filosofia della giustizia penale, a Ferrajoli si deve il maggiore contributo analitico alla definizione del garantismo come teoria dello Stato democratico-costituzionale, rispetto alla quale il garantismo penale si presenta come una specifica declinazione: storicamente più

⁴ Oltre a Idem, *Diritto e ragione* cit., si vedano Idem, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, Mexico, CEDH, 2006; e Idem, *Garantismo penal*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2006.

antica (ma comunque piuttosto recente), giuridicamente più radicata (ma comunque sempre fragile), culturalmente più condivisa (ma comunque ancora minoritaria). Nella sua portata globale di teoria dello Stato, il garantismo tematizza il mutamento di paradigma giuspolitico generato, nella configurazione dell'ordinamento giuridico e nella struttura della democrazia, dall'evoluzione dello *Stato legislativo di diritto* in *Stato costituzionale di diritto*: due modelli distinti di organizzazione politica, tendenti, in misura diversa, alla realizzazione dell'antico ideale del “governo della legge”, ovvero alla costituzione di una forma statuale in cui i poteri pubblici sono regolati e limitati dal diritto in funzione della tutela degli individui.

Lo Stato legislativo di diritto rappresenta la prima approssimazione a questa meta politica. La sua nascita coincide infatti con l'affermazione del principio di legalità come norma di riconoscimento del diritto esistente/valido. In base ad esso, è *diritto* tutto e solo l'insieme delle norme prodotte dagli organi competenti in conformità alle norme sulla loro produzione. Lo Stato acquisisce così il monopolio della produzione giuridica, ponendo fine all'epoca del diritto giurisprudenziale, caratterizzata dalla centralità della dottrina e della giurisdizione come fonti del diritto e dalla prevalenza di un criterio di individuazione delle norme giuridiche di tipo sostanzialistico, improntato alla concezione etico-cognitivistica per cui “*veritas non auctoritas facit legem*”. Benché tale principio giusnaturalistico possa apparire intuitivamente più giusto e più razionale del postulato giuspositivistico “*auctoritas non veritas facit legem*”, soltanto quest'ultimo, ossia il principio di legalità alla base dello Stato di diritto, è in grado di assicurare, insieme alla sovranità della legge, quella precondizione della libertà e dell'uguaglianza che è la certezza del diritto, laddove il criterio dell'intrinseca razionalità e della giustizia tende a risolversi, come mostra l'esperienza giuridica premoderna, nel caos normativo e nell'arbitrio potestativo, non essendo il *ius* deducibile dalla *iustitia*, né la *iustitia* predicabile di *veritas*.

Lo Stato legislativo di diritto, tuttavia, non costituisce la compiuta istituzionalizzazione del paradigma ideale dello Stato di diritto, nel quale l'ordinamento giuridico impone ai pubblici poteri lo scopo di salvaguardare i diritti soggettivi. La sua incompiutezza rispetto a un simile modello statale consiste nel fatto che il carattere meramente formale del principio di legalità non vincola la legge a nessun fine determinato

e non ne circoscrive in nessuna maniera il raggio d'intervento. La legge, che condiziona gli atti giuridici ad essa subordinati, assoggettando i poteri giurisdizionali, amministrativi, esecutivi e di autonomia privata di cui quegli atti sono esercizio, non subisce condizionamento alcuno: il potere da cui essa promana, dunque, resta un potere assoluto, dalla cui discrezionale volontà imperativa viene a dipendere l'esistenza e la tutela dei diritti soggettivi. Lo Stato legislativo di diritto, pertanto, può definirsi uno *Stato legale* più che uno Stato di diritto in senso stretto, in quanto formalizza un sistema di governo *per leges*, ma non *sub lege*⁵.

9. L'assoggettamento di tutti i poteri al diritto (potestà legislativa compresa) si compie solo con il passaggio allo Stato costituzionale di diritto (o Stato di diritto in senso stretto) caratterizzato dall'ordinamento giuridico a costituzione rigida. La rigidità e la superiorità gerarchica delle norme costituzionali, assicurate dalla predisposizione di un procedimento aggravato di revisione costituzionale e soprattutto dall'istituzione di un sindacato giurisdizionale di costituzionalità, condizionano la legge alla coerenza con i significati delle norme di grado sopraordinato, introducendo un principio di legalità sostanziale che integra il principio di legalità procedurale relativo alle competenze e alle forme della produzione legislativa. Questa duplice dimensione della legalità crea una dissociazione tra esistenza e validità delle norme di legge, venendo quest'ultima a dipendere non più soltanto, come la prima (con cui nello Stato legale coincideva), dall'osservanza delle norme formali sulla creazione del diritto, bensì anche dall'adeguatezza dei contenuti normativi delle leggi ai contenuti normativi della costituzione. Così, la positivizzazione di principi e valori di rango sopraordinato alla legge, e specificamente dei diritti fondamentali, stabilisce, all'interno dell'ordinamento, un dover esser costituzionale che riconduce *sub lege* anche il potere legislativo.

Al completamento dello Stato di diritto, mercé l'espansione del principio di legalità e la giuridicizzazione della *summa potestas* (ancora *legibus soluta* nello Stato legale), corrisponde un mutamento nella natura della democrazia, che cessa di identificarsi con la sola dimensione politica del suffragio universale, della rappresentanza e del principio di maggioranza, cioè con le modalità, le procedure e i soggetti delle

⁵ Cfr. Idem, *Lo Stato di diritto tra passato e futuro*, in P. Costa e D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 349-386.

decisioni, e acquista una dimensione costituzionale di determinazione giuridica del potere, relativa al contenuto delle decisioni politiche, sottoposte all'osservanza dei diritti fondamentali, i quali, con il principio di uguaglianza, costituiscono le fondamenta assiologiche positive della democrazia costituzionale, ovvero di quella forma di democrazia che incorpora i principi e gli scopi dello Stato di diritto come elementi costitutivi del proprio ordinamento.

I diritti fondamentali attribuiti dalle norme costituzionali (alle persone e/o ai cittadini e/o ai soggetti capaci d'agire), e, in particolare, i diritti di libertà, consistenti in aspettative giuridiche negative (di non lesioni), e i diritti sociali, consistenti in aspettative giuridiche positive (a prestazioni), sono sottratti, in virtù della loro posizione al vertice della gerarchia delle fonti, alla disponibilità (non solo dei loro titolari, ma anche) del potere politico, rispetto al quale si impongono come altrettanti limiti e vincoli, le cui violazioni e le cui inottemperanze si manifestano come antinomie e come lacune dell'essere legislativo del diritto rispetto al suo dover essere costituzionale. E' dunque evidente che, dato il carattere nomodinamico dell'ordinamento giuridico, il grado di effettività dei principi e dei diritti stipulati a livello costituzionale dipende, in larga misura, dalle correlative garanzie e dalla loro attitudine a costringere i poteri pubblici all'osservanza dei diritti.

La prospettiva teorica del garantismo ferrajoliano – che in *Principia iuris* raggiunge la sua massima espressione⁶ – è una concezione dello Stato di diritto e della democrazia costituzionale che, prendendo i diritti sul serio, pone al centro della riflessione giuridica e della progettazione politica il tema delle garanzie, cioè di quelle tecniche normative finalizzate alla salvaguardia dei diritti soggettivi e consistenti in obblighi positivi (a commissioni) o negativi (ad omissioni) corrispondenti rispettivamente ad aspettative giuridiche positive o negative, le quali, se non soddisfatte o violate, legittimano l'aspettativa di riparazione, cui (a sua volta) corrisponde un obbligo giurisdizionale di riparazione, che rappresenta una garanzia di secondo grado rispetto a quelle di primo grado integrate dagli obblighi e dai divieti correlativi ai diritti.

⁶ Cfr. Idem, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 3 vols (sul quale si vedano i saggi raccolti in "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", 2008, p. 31).

Rovesciando la tradizionale concezione imperativistica del diritto, che afferma l'inesistenza giuridica di diritti soggettivi privi di garanzie, la teoria del garantismo, nel riconoscimento del carattere normativo e sovraordinato dei diritti costituzionali, postula il nesso di implicazione deontica tra diritti e garanzie. Le quali, allorché non sono previste, devono essere introdotte: perché i diritti, che le esigono, in tanto esistono in quanto sono stati posti.

Il garantismo, pertanto, si configura come la teoria del sistema delle garanzie dei diritti fondamentali, che analizza, valorizza ed elabora i dispositivi giuridici necessari alla tutela dei diritti civili, politici, sociali e di libertà su cui si fondano le odierne democrazie costituzionali⁷: la cui vitalità e il cui sviluppo dipendono – come ci insegna Luigi Ferrajoli – dall'impegno civile di ognuno di noi. In quanto giuristi, in quanto studiosi e, soprattutto, in quanto cittadini.

RIFERIMENTI

FERRAJOLI, L. Diritto e Ragione cit., si veda Idem, Garantismo e diritto penale. In: *Dei Delitti e delle Pene*. 3. 1998. p. 107-23.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale, Roma-Bari, Laterza, 1989. Un'importante discussione su questo libro è raccolta. In: *Le Ragioni del Garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino Giappichelli, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Giurisdizione e Democrazia. Democrazia e Diritto*, 1997. p. 284-304.

FILANGIERI, Gaetano. *La Scienza della Legislazione* (1780-1791), Napoli: Grimaldi, 2003, libro III, parte I, cap. I. 1783. p. 119.

MARX, K. ENGELS, F. *Manifesto del Partito Comunista* (1848). cap. III. Roma-Bari: Laterza, 2005,.

MATTEUCCI, N. Costituzionalismo. In: *Dizionario di Politica* (1976). Torino, UTET, 2004.

⁷ Cfr. Idem, *Il diritto come sistema di garanzie*, in "Ragion pratica", 1993, 1, p. 143-161; Idem, *Garanzie*, in "Parolechiave", 1999, 19, p. 15-32; Idem, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prefazione di P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 1999; Idem, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001; e, da ultimo, Idem, *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006 (in risposta ai saggi raccolti in M. Carbonell e P. Salazar, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005).

MONTESQUIEU, Ch.-L. de Secondat de. *Lo Spirito delle Leggi* (1748). A Cura di R. Derathé, Milano: Rizzoli, 1996, lib. XII, cap. VI, p. 311.

RIPOLI, M. Diritto e Morale. Il Neoilluminismo Penale di Luigi Ferrajoli. In: *Le Ragioni del Garantismo*. cit. 1992. p. 158-70.

RUGGIERO, G. De. *Storia del Liberalismo in Europa* (1925). Roma-Bari: Laterza, 1984. p. 63.

SARTORI, G. Constitutionalism: a preliminary discussion. In: *The American Political Science Review*. 1962. p. 853-64.